

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado Ponente

AP1676-2016

Radicación N° 47426

Aprobado acta N° 93

Bogotá, D. C., treinta (30) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

I. V I S T O S

La Sala se pronuncia sobre los presupuestos de lógica y debida fundamentación de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado ORLANDO JAVIER CALA GONZÁLEZ en contra de la sentencia de segunda instancia dictada, el 25 de agosto de 2015, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala de Decisión Penal.

Mediante el fallo que es objeto del recurso extraordinario, la Corporación judicial antes mencionada revocó la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga y, en su lugar, condenó a ORLANDO JAVIER CALA GONZÁLEZ como autor del delito de fabricación, tráfico y porte de armas,

municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos (artículo 366 del Código Penal, modificado por el artículo 20 de la Ley 1453 de 2011), a la pena principal de ciento cuarenta y dos (142) meses de prisión y a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por el mismo tiempo fijado para la prisión, sin derecho a mecanismos sustitutivos de la sanción privativa de la libertad. En consecuencia, dispuso la expedición de orden de captura.

I. HECHOS

A las 6:00 p.m. del 1° de enero de 2013, en vía pública del barrio José A. Morales del municipio de Socorro (Santander), frente a la nomenclatura calle 15 N° 6-18, miembros de la policía de vigilancia de la Policía Nacional le incautaron a ORLANDO JAVIER CALA GONZÁLEZ un bolso que contenía dos (2) granadas de fragmentación GM IM-M26 HE, fabricadas por INDUMIL, que presentaban en sus respectivas espoletas la serie M8524A2.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 2 de enero de 2013, en el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Simacota (Santander) se llevaron a cabo audiencias preliminares de control de legalidad de la captura, de la incautación de las granadas, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento.

El precitado juzgado declaró ilegal la aprehensión de ORLANDO JAVIER CALA GONZÁLEZ, por cuanto no se le enteró en forma inmediata de los derechos del capturado, y ordenó su libertad. Interpusieron apelación la Fiscalía y el Ministerio Público. A continuación, declaró legal la incautación y dio paso a la formulación de la imputación.

La Fiscalía la efectuó a título de autor del delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, cargo que no aceptó. Por último, el despacho judicial, a solicitud de la Fiscalía, impuso la medida de aseguramiento privativa de la libertad consistente en detención en establecimiento carcelario (artículo 307-A-1 de la Ley 906 de 2004), decisión que fue impugnada por el procesado y su defensor.

Con posterioridad, el 10 de enero de 2013, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Socorro (Santander) revocó la declaratoria de ilegalidad de la captura y confirmó la imposición de la medida de aseguramiento.

2. Correspondieron las diligencias al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga, que celebró el 20 de mayo de 2013 la audiencia de formulación de acusación y la preparatoria, el 13 de agosto del mismo año. El juicio oral se adelantó durante los días 11 y 18 de octubre de 2013 y 27 de enero de 2014, emitiéndose en la última fecha sentido absolutorio del fallo, dictándose la sentencia el 27 de febrero de 2014. El fundamento de la absolución consistió en que la Fiscalía no acreditó uno de los elementos estructurales del tipo, cual es que el sujeto agente no tenga permiso expedido por autoridad competente para el porte de las armas, catalogando así como atípica la conducta endilgada, determinación frente a la cual el Fiscal Único Especializado de San Gil interpuso y sustentó el recurso de apelación.

3. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala de Decisión Penal, en fallo de fecha 25 de agosto de 2015, revocó la absolución y condenó al acusado al considerar que, desde la sentencia C-296 de 1995 de la Corte Constitucional, la posesión o porte de las armas de guerra es exclusiva de las fuerzas militares sin que haya lugar a la expedición de permiso alguno, lo que excluye la necesidad de exigir a la Fiscalía demostrar la carencia de salvoconducto respecto de este tipo de artefactos.

4. En contra de la determinación adoptada por el ad quem, el defensor de ORLANDO JAVIER CALA GONZÁLEZ interpuso y sustentó oportunamente el recurso extraordinario de casación.

I. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Aunque lo denomina “primer cargo” y aclara que es “principal”, el defensor en realidad formula un cargo único que presenta así: “VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL POR INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DEL ART. 366 DEL CÓDIGO PENAL”.

Luego de traer a colación la disposición constitucional sobre el debido proceso, acota que este derecho fundamental integra el bloque de constitucionalidad y comprende, entre otras, las garantías de ley preexistente y legalidad. De ésta destaca sus funciones: garantizadora, fundamentadora y sistematizadora. Con este preludio, acude al texto literal del artículo 366 del Código Penal, del cual resalta el ingrediente normativo “sin permiso de autoridad competente” y realiza la integración del precepto con el Decreto 2535 de 1993, que contiene normas sobre armas, municiones y explosivos, con el fin de destacar que el artículo 8º, literal g), de esta regulación clasifica las granadas de fragmentación como armas de guerra o de uso privativo de la fuerza pública y que en el parágrafo 1º dispone que ese material “podrá ser autorizado de manera excepcional, previo concepto favorable del Comité de Armas, de que trata el artículo 31” del mismo decreto.

Entonces, a partir de dichas premisas, concluye que, en estricta legalidad, las granadas de fragmentación sí pueden recibir autorización del Comité de Armas y que, por tanto, “le asiste razón al juzgador de primera instancia al absolver por atipicidad en atención a que la Fiscalía no demostró la ausencia del permiso de la autoridad competente como era su obligación” y, en consecuencia, “yerra el Tribunal

Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga al interpretar (...) que por este tipo de armas (...) no se otorga autorización alguna”, toda vez que “es la misma ley la que establece lo contrario como está visto en el párrafo primero (...) Y la sentencia C-296 de 1995 en la parte resolutive numeral PRIMERO declaró la exequibilidad del art. 31 sin condicionamiento alguno (...)”.

En ese orden de ideas, afirma que, “como la ley es la ley y a ella nos atenemos (...) yerra el Tribunal al interpretar erróneamente tanto el contenido gramatical expreso del Decreto 2535 de 1993 en especial el art. 8 literal g) en concordancia con el art. 31 como la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional C-296 de 1995”.

En ese orden, invocando la necesidad de “un mejor desarrollo de unificación jurisprudencial sobre este aspecto”, y ante la “flagrante” vulneración de garantías fundamentales que se percibe en este asunto, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y confirmar el fallo absolutorio emitido en primera instancia, pues de no haber mediado el yerro anotado “jamás la decisión hubiere sido la de condena”.

I. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La casación es un recurso extraordinario, instituido como medio de control constitucional y legal de las sentencias de segunda instancia proferidas en procesos adelantados por delitos, que puede ser ejercido por quien tenga legitimación e interés para lograr la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías fundamentales, la reparación de los agravios inferidos y la unificación de la jurisprudencia, cuando el juzgador haya incurrido en los yerros previstos en las causales taxativamente fijadas por la ley.

Su ejercicio exige la elaboración y presentación oportuna de una demanda en forma que contenga la indicación de la causal invocada, el desarrollo de los cargos de sustentación de manera precisa, clara y lógica, con sujeción a los presupuestos propios de

la causal y del sentido de violación alegados, así como la demostración de que se necesita del fallo para alcanzar alguna de las finalidades del recurso. El incumplimiento de estos presupuestos conduce a la inadmisión del libelo.

2. Conforme a la Ley 906 de 2004, la causal esgrimida en este caso por el recurrente, esto es, la del numeral 1° del artículo 181, violación directa de la ley sustancial (norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal llamada a regular el caso), admite tres posibles sentidos: falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea.

Ahora, son presupuestos comunes a cualquiera de dichas modalidades de infracción que el recurrente acepte tanto los hechos, en la forma que se declararon probados en la sentencia, como la apreciación probatoria efectuada por el juzgador, lo que implica que el debate es de puro derecho, o sea, estrictamente jurídico.

Así mismo, si el actor acude a la vía de reproche por interpretación errónea, tiene una exigencia adicional que consiste en admitir que se aplicó la norma que correspondía, en otras palabras, que no hubo error de selección normativa. En consecuencia, lo único que tiene cabida censurar en esta hipótesis es que a la disposición escogida se le dio un alcance equivocado, bien sea para ampliar, restringir o tergiversar su sentido.

De igual modo, aunque una interpretación equivocada puede llevar a la indebida aplicación de una norma, en tal supuesto éste ha de ser el sentido de violación alegada, puesto que, desde esta perspectiva, la decisión impugnada sería el producto de un error de selección normativa, más que de su equivocada hermenéutica.

3. En el presente asunto, el censor pretende que la Corte case la sentencia de segunda instancia y, como consecuencia de ello, confirme la absolución dispensada por el a quo, lo que significa que su pretensión se encamina a que no se aplique el artículo 366 del Código Penal, que prevé el delito de fabricación, tráfico y porte de armas,

municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, aplicado por el ad quem al emitir condena contra ORLANDO JAVIER CALA GONZÁLEZ.

De acuerdo con lo anterior, surge palmario que la sustentación del cargo presentado en la demanda no se ajusta al sentido de violación invocado (interpretación errónea), sino a uno diferente (aplicación indebida), por lo que la demanda debe ser inadmitida debido a la incoherencia existente entre lo pretendido y lo alegado y, adicionalmente, porque no se justificó de modo consistente la necesidad del fallo para obtener la eventual unificación de la jurisprudencia, pues la afirmación en ese sentido no supera la llana alusión genérica, quedando así la propuesta discursiva en lo abstracto.

4. Pese a estas falencias, debe acotar la Sala que aunque le asiste razón al recurrente en lo concerniente a que el párrafo 1° del artículo 8° del Decreto 2535 de 1993 no fue retirado del ordenamiento jurídico ni expresamente condicionado en su entendimiento por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-296 de 1995, no puede pasar inadvertido que el mismo entra en colisión con lo dispuesto por los artículos 9° (parcialmente declarado inexecutable) y 14 ibídem. Véase:

La primera de las disposiciones citadas se refiere a las armas de uso restringido, esto es, aquellas que excepcionalmente pueden ser autorizadas por la autoridad competente para la defensa personal especial, entre las cuales, por disposición de la Corte Constitucional, no pueden estar comprendidas las de guerra o uso privativo de la fuerza pública.

El segundo precepto, en su literal a), prohíbe la tenencia y porte en todo el territorio nacional de las armas de uso privativo o de guerra, sin que, por razón de lo dispuesto en la sentencia C-296 de 1995, sea aplicable la excepción que contemplaba el artículo 9° en cuanto a las armas de guerra.

En consecuencia, a menos que se prohíje una lectura normativa que aísle la teleología

de los preceptos, frente a la hipotética antinomia planteada se tiene que la Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de la Carta, en la sentencia C-296 de 1995, decantó el siguiente criterio:

(...) no podrán existir en Colombia civiles provistos de armas de guerra, que sirven justamente a los fines arriba descritos, pues con ello se viola el principio de la exclusividad consagrado en los artículos 216, 217 y 218 de la Carta

8. El decreto contempla una categoría especial de armas denominadas ‘de uso restringido’ que, según el artículo 9° transcrito puede, de manera excepcional, ser objeto de permisos a los particulares para la protección de bienes o personas. Al respecto debe precisarse que no se puede tratar de armas de guerra, pues su uso está reservado a ciertos organismos armados del Estado. El legislador no puede desvirtuar la prohibición constitucional de dotar a la población civil de armas de guerra, de tal manera que, de hecho, se conformen grupos de fuerza pública que pugnen con lo dispuesto por el artículo 216. (Se subraya).

Respecto de otras expresiones similares utilizadas por el decreto mencionado, la Corte Constitucional dispuso que: “deberán ser interpretadas de conformidad con lo dispuesto en esta providencia”.

Ahora, el artículo 31 del mismo decreto tampoco impone una solución diferente, porque se limita a regular la conformación del Comité de Armas y a atribuirle la decisión sobre las solicitudes de permisos en los términos establecidos en el mismo cuerpo normativo, mismos que, a su vez, quedaron condicionados por el fallo de la Corte Constitucional examinado en precedencia.

5. Por último, no está de más recordar que la Sala se ha pronunciado reiteradamente sobre la necesidad de probar la carencia de salvoconducto, como supuesto fáctico del ingrediente normativo “sin permiso de autoridad competente” y al respecto ha

señalado que no existe tarifa legal. Por tanto, también es viable la acreditación de este aspecto con prueba indiciaria, basada en objetividades debidamente comprobadas, eso sí, con exclusión de argumentaciones sofísticas y falsas reglas de experiencia (CSJ SP, 23 Nov. 2011, Rad. 36544; CSJ SP, 25 Abr. 2012, Rad. 38542; CSJ SP, 7 Nov. 2012, Rad. 36578; CSJ AP 247-2014; CSJ SP3388-2014; CSJ SP1077-2015; CSJ AP 5746-2015).

Por tanto, si se prueba la incautación de armas a un civil y que la identificación, características y aptitud de los artefactos permiten clasificarlos como armas de guerra, a partir de la aplicación de la regla según la cual, por prohibición constitucional, en Colombia no pueden existir civiles provistos de armas de guerra, se puede inferir la ausencia de salvoconducto ya que, se insiste, en tal caso la expedición del mismo no está autorizada.

6. En resumen, conforme se anticipó, la demanda de casación será inadmitida, sin que, por otra parte, del estudio de las diligencias la Corte encuentre motivo que amerite superar sus defectos con el fin de asegurar de oficio el cumplimiento de garantías fundamentales o los fines del recurso.

En contra de esta determinación procede el mecanismo de insistencia, en los términos precisados por la jurisprudencia de la Sala (CSJ SP, 12 de diciembre de 2005, Rad. 25322).

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

R E S U E L V E

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor del procesado **ORLANDO JAVIER CALA GONZÁLEZ**.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Presidente

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria